VTRVM
DIVISIO PER SORTITIONEM
FACTA
OB LAESIONEM RESCINDI
POSSIT

AD L. III. C. COMMVN. VTRIVSQVE IVDICII

PRAESIDE

CHRISTOPH. LVDOV. CRELLIO ICTO
POTENTISSIMI REGIS POL. ET PR. ELECT. SAXON
CONSILIARIO AVLICO DIGEST. INF
ET NOVI PROF. PVBL. ORDINARIO
CVRIAE PROVINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE
ORDINIS IVRIDICI VITEMBERGENSIS
H. T. DECANO

IN AVDITORIO ICTORVM

DIE SEPT. A. Q. S. P. EST, cIↃ IↃccXXXXIII

DISPVTABIT

CAROLVS MAVRITIVS LEOPOLDVS VERDION
MARTISBVRGENSIS

VITEMBERGAE

EX OFFICINA SCHEFFLERIANA

Biblioteca Nazionale V. E. III NAPOLI

Digitized by Google

L. III. C. COMMVNIA VTRIVSQVE IVDICII TAM FAMILIAE ERCISCVNDAE QVAM COMMVNI DIVIDVNDO

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Aureliae Septimiae

Maioribus etiam, per FRAVDEM *uel* DOLVM *uel* PERPERAM SINE IVDICIO *factis* DIVISIONIBVS, *ſolet ſubueniri : quia in bonae fidei iudiciis, quod* INAEQVALITER *factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur. P· P· XVI· Kal· Iul· ipſis A A· (et Conſtant· III.) Conſſ.* 293

Digitized by Google

I

DIVISIO SIMILIS EST VENDITIONI, SED MVLTVM INTEREST INTER DIVISIONES ET VENDITIONES. FEVDVM COMMVNE VNI IN DIVISIONE ADIVDICATVM NON FIT NOVVM

INIQVE M. TVLLIVS in TOPICIS a) ad C. Trebatium, Iurisprudentibus obiecit, rarius illos SIMILITVDINIBVS et COLLATIONIBVS RERVM DIVERSARVM uti, quam philoſophos et oratores. Enimuero etiam Iureconſultos natura docuit, hac facillime uia perueniri ad cognitionem rerum abditarum, ſi a rebus notis et familiaribus, COMPARATIONE quadam, ad res non prorſus quidem DISSIMILES, ſed DIVERSAS tamen, deducamur. Ita enim, intelligebant, euenire, ut, quando a SIMILIBVS ad NON DISSIMILIA, ſed NOVA tamen, delabamur, non ſolum cupidius haec inueſtigemus, ſed etiam, quid inter illa diſcriminis interſit, facilius perſpiciamus. Accidit igitur ueteribus, quod, apud MARONEM, b) Tityro, qui, urbem, quam dicunt Romam,

- - - putabat
- - huic uillae SIMILEM, qua ſaepe ſolebant
Paſtores ouium teneros depellere foetus.
Sic canibus catulos SIMILES, ſic matribus hoedos
Norat, ſic paruis COMPONERE magna ſolebat.

Certe ſtudium illud comparandi apud ueteres effecit, ut non ſolum QVASI DELICTA, QVASI CONTRACTVS, QVASI VSVMFRVCTVM, iurisdictione, ſenatusconſultis, interpretatione,

a) Cic. Topic. c. 10. ſ. 41.
b) Virg. Eclog. I. n. 20. ſq.

ne, ob ſingulares reipublicae rationes, ad exemplum delictorum, contractuum, et ueri uſusfructus, introduxerint, ſed etiam alia negotia quam plurima, COMPARATIONE SIMILITVDINIS, actione VTILI accommodata, ad ſpecies diuerſiſſimas pertraxerint. Ex hoc fonte promanarunt illae partium diuerſarum altercationes, quibus emphyteuticarius contractus, quod ZENO ait, modo cum emptionibus, modo cum conductionibus, CONFEREBATVR, donec, exploſa illa SIMILITVDINE, hic contractus propriam naturam adipiſceretur. l. 1. C. de *Iure emphyteu.*

Illud quidem expeditum eſt, hac ueteres docendi ratione uſos fuiſſe, ut negotia cum aliis negotiis conferrent, et quid inter illa SIMILITVDINIS intercederet, diligentius inueſtigarent. Sed iam quidem de DIVISIONE RERVM COMMVNIVM inprimis uideamus. Et VLPIANVS quidem, DIVISIONEM communis hereditatis, qua ſingulis heredibus ſingulae poſſeſſiones, cum portione aeris alieni, attributae ſint, PERMVTATIONI SIMILEM putauit, adeoque PRAESCRIPTIS uerbis agendum eſſe, docuit, ſi quis diſceſſerit a pactione: CVM CERTA LEGE PERMVTATIONEM COHEREDES FECISSE VIDEANTVR. l. 20. §. 4. D. *Fam. erciſc.*

Nimirum habet rationem Vlpiani ſententia, qua permutationi diuiſiones comparauit. Recte enim PAVLLVS, itemque DIOCLETIANVS et MAXIM. tradiderunt, quod, ſi non PRETIVM, ſed RES pro re interuenerit, non EMPTIONEM, ſed PERMVTATIONEM, fieri intelligamus. l. 1. D. et l. 7. C. de *Rerum permutat.* Enimuero in DIVISIONIBVS, cum ſingulae particulae rerum ſingularum ad quemlibet CONDOMINORVM iure reali et condominii pertineant, apparet, ſi ſingulae poſſeſſiones ſingulis condominis, uice mutua, attribuantur, non tam PRETIVM pro MERCE, quam RES pro REBVS dari, ut magis PERMVTATIONES rerum ſingularum, quam EMPTIONES, contractae uideantur.

Digitized by Google

Sed aliter quidem uiſum eſt Imperatori ANTONINO, qui l. 1. C. *Commun. utriusque iudicii*, DIVISIONEM, ait, praediorum, VICEM EMPTIONIS OBTINERE. Videtur enim mouiſſe ANTONINVM, quod VLPIANVS et GAIVS atque PAVLLVS docuerunt, plerumque etiam PECVNIAM interuenire in diuiſione, quod proxime accedit ad naturam emptionis: quandoquidem res IVSTO PRETIO AESTIMANDA SIT, et de EVICTIONE caueri debeat, et res per ADIVDICATIONEM et CONDEMNATIONEM finiatur, adeoque opus ſit, illum, cui quid adiudicatum ſit, alteri certa PECVNIA pro re adiudicata CONDEMNARI. l. 2. §. 1. et l. 3. D. *fin. reg.* l. 10. D. *Communi diu.*

Sed luculentiſſime ALEXANDER, l. 3. C. *Commun. diuid.* rem exponit. Ait enim, quamuis non interueniat PECVNIA, tamen AESTIMATIONE IVSTA facta, ſingulis res ſingulas adiudicari, quaſi PRETIO INTER VTRVMQVE COMPENSATO, illoque, cui res maioris pretii obuenerit, CONDEMNATO, ut portionem alterius pecunia ſubinde exaequaret. Ex quo loco intelligitur, certe FINGI IN DIVISIONIBVS PECVNIAM INTERVENIRE, ILLAMQVE INTER CONDOMINOS aut COHEREDES COMPENSARI, quaſi ſinguli portionem ſuam alteri, AESTIMATIONE facta, uendidiſſent, et PRETIVM alter alteri, BREVI MANV et mutua COMPENSATIONE, exſoluiſſent.

Quamuis autem non diſſimulem, DIVISIONES PRAEDIORVM naturaliter quidem magis cum PERMVTATIONIBVS, quam cum EMPTIONE, conuenire; tamen non multum diſcriminis inter illos intereſt, qui DIVISIONES EX PERMVTATIONIS, et qui ex EMPTIONIS, natura aeſtimarunt. Enimuero, et GORDIANVS et inprimis DIOCLETIANVS tradiderunt, etiam PERMVTATIONEM habere uicem emptionis, l. 2. C. de *Rer. permut.* et ad exemplum EX EMPTO actionis agi poſſe, ſi pro poſſeſſione alia poſſeſſio, quamuis nullo pretio conſtituto, promittatur. l. 1. C. *eod.* Certe et ARISTO et PAVLLVS VICINAM eſſe PERMVTATIONI EMPTIONEM obſeruarunt l. 2. D. de *Rer. permut.* itemque MODESTINVS, QVA-

Digitized by Google

SI EMPTIONEM FACTAM eſſe docuit, cum pro quarta parte hereditatis fundus traditus fuiſſet, FICTA conſtitutione pretii, eiusque COMPENSATIONE, l. 62. D. de *Iure dotium*: ut parum referre uideatur, DIVISIONES ex PERMVTATIONIS an ex EMPTIONIS lege iudicentur

Sed meretur tamen obſeruari, quanquam cum EMPTIONIBVS ſubinde comparentur RERVM COMMVNIVM DIVISIONES, NON tamen PER OMNIA naturam EMPTIONIS ineſſe in DIVISIONE. Primo enim in EMPTIONIBVS, quod VLPIANVS docet, res CONSENSV definitur: l. 9. pr. D. de *Contrah. Empt.* et, ſi regulam ſequaris, nemo emere aut uendere COGITVR inuitus. Sed in DIVISORIIS IVDICIIS, quod ſupra ex PAVLLO, GAIO atque VLPIANO, obſeruatum eſt, controuerſia ADIVDICATIONE atque CONDEMNATIONE, parte aduerſa etiam INVITA, terminatur. l. 1. §. 1. l. 2. D. *fin. reg.* l. 10. D. *Commun. diuid*

Deinde, quod obſeruat FACHINEVS a) ſi cauſſam utriusque negotii cogites, emptiones COMMERCIORVM et mutuae commodidatis cauſſa plerumque contrahuntur, quarum rerum cogitatione multa in illis extra ordinem conſtituta ſunt: diuiſiones autem, NECESSITATIS et CONTROVERSIAE FINIENDAE cauſſa fiunt, cum, ſecundum GAIVM, NECESSARIA ſit rerum communium diſtributio, l. 1. pr. D. *Fam. Erciſc.* ut CONTROVERSIAE inprimis MINVANTVR. Hoc enim idem GAIVS l. 2. §. 1. D. *Fin. reg.* atque alio loco PAVLLVS l. 4. pr. D. *eod.* tradiderunt

Extremo in emptionibus res ALIENA transfertur in emptorem; quandoquidem, ſecundum POMPONIVM et PAVLLVM, nemo rem ſuam emit efficaciter, nec ſciens, nec ignorans, l. 15. §. 2. et l. 16. D. de *Contrah. empt.* Contra, in DIVISIONE, certum eſt, quemlibet rem CONDOMINII IVRE SVAM ab altero accipere, et in alterum transferre

Ex

a) Fachineus Controuerſ. Iur. L. VIII. c. 36. in fine p. 660

Ex his fere fontibus deinde deriuabimus diſcrimen, quod in aeſtimandis DIVISIONIBVS et EMPTIONIBVS ſubinde obſeruatur. Sed iam quidem unum omittere non poſſum, DIVISIONEM FEVDI inter plures ſucceſſores, qua res uni adiudicatur, isque reliquis ſucceſſoribus pecunia condemnatur, cum ille, qui rem accipit, REM SVAM emat, non eſſe emptionem, nec FEVDVM NOVVM conſtitui hac diuiſione, nec SIMVLTANEE INVESTIENDOS NOVITER domino directo obtrudi poſſe, ſed SEPARATVM hoc eſſe negotium A VENDITIONE

Ita quidem certe ſapientiſſima lege Saxonica a) res definita eſt:

Alldieweil aber, wenn mehr, als einer, in geſamter Lehen an einem Guthe ſtehen, vermöge derer Lehn-Rechte, einem jedweden dererſelben, die Mit-Belehnſchafft in ſolidum zukömmet, und ſolche nur ſodann, wenn eine würckliche Theilung geſchiehet, gebrochen wird, dahingegen, wenn die übrigen mit Gelde oder ſonſt, abgefunden werden, dieſelben in effectu zur Succeſſion nicht gelangen, ſondern derjenige, ſo das gantze Guth auf dieſe Maße an ſich bringet, ſolches allerdings krafft ſeiner in ſolidum habenden Mitbelehnſchafft erhält, und folglich, daß es entweder gantz oder zum theil ein neues Lehn ſey, nicht zu behaupten, vielmehr, wann man dieſes einräumen wolte, ſo offt ein Vater verſtürbet und mehr Söhne hinter ſich läſſet, nur einer aber die Güther behält, FEVDA NOVA würden conſtituiret und mithin dem Lehns-Herren neue Mitbelehnten obtrudiret werden, So können auch Sr. Königl. Majeſtät nicht geſtatten, daß in dem Falle, da, wie gemeldet, ein Mitbelehnter nebenſt andern im Lehn zugleich ſuccediret, und denen übrigen ihre Antheile abhandelt, weder das gantze Lehn, noch auch die erhandelten Stücke, PRO NOVO FEVDO zu achten, und deswegen neue Mitbelehnte anzugeben, ihm freyge laſſen ſeyn möge. Quod

a) Extract der Königl. Reſolution auf die Puncte der Praeliminar-Schrifften, de dato Dreßden, den 8. Febr. 1700. Cod. Aug. T. I. p. 366.

Quod cum et iuri communi conuenire res ipſa facile oſtendat, non dubitauerunt ICti Vitembergenſes, etiam exteris, cum eiuſmodi ſpecies Menſe Iunio huius anni offerretur, ex iisdem praeceptis reſpondere. Proponebatur enim, pactione inter Vaſallum et ruſticos ita conueniſſe, ut, quoties feudum a Vaſallo VENDERETVR, ruſtici LAVDEMIVM vaſallo nouo praeſtare tenerentur. Mortuus vaſallus tres filios reliquerat heredes feudi. Primogenitus, in diuiſorio iudicio, feudum SOLVS RETINVERAT, PECVNIA FRATRIBVS SOLVTA. Quaerebatur, utrum a ruſticis, quaſi feudo VENDITO, LAVDEMIVM recte PETERETVR. Reſponſum eſt, NON PETI POSSE LAVDEMIVM, cum feudum non VENDITVM, ſed, DIVISIONIS iure, retentum uideatur. Res erit luculentior ex rationibus adiectis:

Obwohl, ſo viel die ietzige Lehn-Veränderung betrifft, Herr Beklagter von ſeinen Herren Brüdern das Ritter Guth bey der Theilung angenommen, und vor ihre Antheile ihnen etwas an Gelde herausgegeben, dergleichen Theilung und Annehmung aber einem Kauffe gleich zu achten,

Diuiſio enim hereditatis uicem emptionis obtinet,
L. I. C. *Commun. utriusque iudicii*,

derowegen die Klägere, auch vermöge deren alten und unveränderten Lehn-Briefe, nach deren Inhalt ſie bey Kauff und Tauſch in manu dominante et ſeruiente den 10den Pfennig zu entrichten haben, bey ietziger Theilung und Uberlaſſung des Ritter-Guths an Herrn Beklagten, zu Bezahlung nurgedachten Lehn-Geldes verbunden zu ſeyn ſcheinen,

D. a. d. Die Theilungen zwar in gewiſſer Maaße, beſonders ſo viel die Gewehrs-Leiſtung anlanget, mit denen Kauff-Contracten verglichen werden können, ſolches aber mit allen Umſtänden auf die Theilung der Ritter-Güther, und Annehmung dererſelben, gegen Bezahlung derer übrigen Antheile, nicht ſo ſchlechterdings zu erſtrecken, in mehrerer Erwegung, ieder derer Deſcendenten an dem Lehn ſeiner El-

tern ein ius ſuccedendi IN SOLIDVM ex prima inueſtitura parentum erlanget, folglich, wenn deren mehrere vorhanden, und einer derſelben ſeine Brüder mit baarem Gelde abfindet, nicht ſo wohl das Ritter-Guth, an welchem der Annehmer bereits ein ius ſuccedendi in ſolidum gehabt, vom neuen erkauffet, als vielmehr die Concurrenz derer übrigen Gebrüdere durch Bezahlung einer Summe Geldes abgewendet wird, derowegen ein ſolches Lehn-Guth nicht ſo ſchlechterdings pro feudo empto et nouiter acquiſito; ſondern pro antiquo geachtet wird,

Anton. Diſput. I. th. 5. lit. h.

demnach das Lehn-Geld bey ietziger Theilung, unter dem Vorwande eines getroffenen Kauffs, um ſo viel weniger zu verlangen, ie gewiſſer das angezogene Befugniß, ein ſo ſtarckes und bey ſo vielen Fällen zu entrichtendes Lehn-Geld zu fordern, in denen gemeinen Rechten pro odioſo et exorbitante angenommen wird, mithin ſolches nach Möglichkeit und bey allen Fällen, darüber man ſich nicht durch unzweifelhaffte Verträge verglichen, billig einzuſchrencken,

Carpz. P. II. Conſt. 39. Def. 32. Franzk. de Laudem. c. 8. n. 17. ſq

Horn. Iuriſpr. Feud. c, 17. §. 22.

So iſt, wie im Urthel enthalten, von uns billig erkannt worden.

II

DIVISIONES SVNT BONAE FIDEI PIAE, FAVORABILES, SED AEQVALITATEM DESIDERANT

Ex his igitur, quae adhuc diſputata ſunt, intelligetur, non prorſus eandem DIVISIONVM atque EMPTIONVM naturam eſſe, ſed quamlibet ſpeciem ſeparato iure in quibusdam capitibus cenſeri. Sed hoc tamen diſputatione uix indiget, uti EX EMPTO actionem, ita DIVISORIAS controuerſias AD BONAE FIDEI IVDICIA referri. Certe abſciſſe

ſciſſe VLPIANVS, hoc iudicium BONAE FIDEI eſſe, ait, ſi COMMVNI DIVIDVNDO, inter condominos, agatur. l. 4. §. 2. D. *Commun. diuid.* quod et placet GORDIANO, qui non eſſe ambiguum exiſtimat, FAMILIAE ERCISCVNDAE titulum INTER BONAE FIDEI IVDICIA connumerari. l. 9. C. *Fam. erciſc.* Ideoque DIOCLETIANVS et MAXIM. quidquid in IVDICIIS BONAE FIDEI obueniat, etiam IN DIVISIONIBVS obtinere, docuerunt, ut HAE quidem, mutuo CONSENSV, BONA FIDE, terminatae inſtaurari commode non poſſint. l. 3. et l. 8. C. *Commun. utriusque iudic.* Imo uero auſim affirmare, maiorem, eſſe BONAE FIDEI in DIVISIONIBVS, quam in EMPTIONE, SANCTITATEM. Nimirum NECESSARIA eſt plerumque DIVISIO, DISTRIBVTIONIS cauſſa, ſi GAIVM audiamus, l. 1. pr. D. *Famil. erciſc.* cum controuerſiae explicari propemodum non poſſint, niſi rerum communium diuiſione: ideoque PIETATIS officio funguntur, quod PAPINIANVS ait, qui MINVENDAE CONTROVERSIAE gratia, quamuis arbiter ſententiam nondum dixerit, IVRGIVM communionis perimunt conſenſu. l. 57. D. *Fam. erciſc.* CONTROVERSIARVM enim et litium EXSECRATIONE obtinuit, ut multa in diuiſoriis iudiciis extra ordinem admitterentur. Hinc ARBITRIS inprimis officium datur diſtrahendae controuerſiae, ſecundum MODESTINVM atque ALEXANDRVM l. 7. D. *Fin. reguud.* et l. 3. C. *Commun. diu.* itemque AGRIMENSORIBVS, ſecundum PAVLLVM, VLPIANVM, atque CONSTANTINVM, l. 4. §. 1. et l. 8. pr. et §. 1. D. *Fin. regund.* l. 3. C. *eod.* qui ſcindant nodum Gordium, ſi ſolui commode non poſſit: hinc res ADIVDICATIONIBVS et CONDEMNATIONIBVS ARBITRARIIS finitur, l. 2. §. 1. et l. 3. D. *fin. regund.* l. 6. §. 10. et l. 10. D. *Commun. diuid.* l. 55. D. *fam. erciſc.* hinc denique COGVNTVR aliquando poſſeſſores, etiam aedificium deponere, et arbores ſuccidere, ut ſit aliquis tandem finis controuerſiarum; quod Paullus obſeruauit. l. 4. §. 3. D. *fin. regund*

Digitized by Google

Quae cum ita ſint, apparet, non ſolum BONAE FIDEI rationem habendam eſſe in his iudiciis, ſed illam fere, odio diſſenſionum, ſanctius et ſcrupuloſius, quam in multis aliis negotiis, in DIVISIONE cuſtodiri. Sed AEQVALITATEM certe, quaſi animam atque ſpiritum BONAE FIDEI et AEQVITATIS, ueteres inprimis in DIVISIONE rerum communium commendauerunt. Et profecto habet rationem, quod in diuiſionibus AEQVALITATEM requiramus. Neque enim id agitur in DIVISIONE rerum communium, ut aliquid LVCREMVR, aut priuatum compendium augeamus, cui rei emptores atque uenditores, in exercendis COMMERCIIS, operam dare ſolent; ſed, VT SVVM QVISQVE RETINEAT, et certis finibus includat, et a controuerſiis ac litibus diſcedat. Quapropter non procul abeſt a furto et rapina, qui portioni alterius inſidietur, et AEQVALITATEM interuertat. Quod cum cogitaret PHILIPPVS, itemque DIOCLETIANVS, AEQVO IVRE DIVIDI hereditatem, l. II. et 14. C. *Fam. erciſc.* et AEQVABILITATEM in omnibus ſeruari, praeceperunt. l. 4. C. *Commun. diuid.* Hoc eſt, quod PAVLLVS atque VLPIANVS NIHIL INDIVISVM RELINQVI, et ſi una res INDIVISA manſerit, de illa iterum communi diuidundo agi poſſe, docuerunt. l. 25. §. 20. D. *Fam. erciſc.* l. 4. §. 2. D. *Commun. diuid*

Imo uero, quamuis interdum ex longa poſſeſſione, et, ſi coheredes diu ſeparatas rationes in ſingulis rebus hereditariis habuerint, diuiſio legitime facta PRAESVMATVR, tamen ceſſat illa praeſumptio, ſi PORTIONES INAEQVALES uideantur: quod et MENOCHIVS a) et PRAESES b) alio loco, obſeruarunt. Neque enim poteſt aliquid minus accommodatum eſſe ad fidem ſublatae communionis faciendam, inaequalitate; cum maximam AEQVALITATEM poſtulet DIVISIO, et in his iudiciis, quidquid INAEQVALITER factum ſit, iudicis auctoritate corrigatur. l. 3. C. *Commun. utriusque iudic*

III

a) Menoch. L. III. Praeſumpt. 60. n. 6. ſqq. p. 370.
b) Praeſes de Praeſumpt. Aequalitatis in iudiciis diuiſoriis §. 2. ſqq.

Digitized by Google

III
RESCISSIO DIVISIONIS ODIOSA, NISI OB DOLVM AVT ERROREM. POST TRANSACTIONEM ILLA NON RESCINDITVR.

In tanta igitur SANCTITATE IVDICII DIVISORII, non poteſt eſſe obſcurum, quod, quamuis nihil, quod ab AEQVITATE alienum uideatur, admitti poſſit, tamen nihil aegrius admittat Praetor, quam RESCISSIONEM LEGITIMAE DIVISIONIS. Neque enim a BONA FIDE et ab omni officio eſt quidquam alienius, quam deſerere CONSTANTIAM uitae, et, cum ad rem uentum fuerit, claudicare, aut a conſilio deficere, in quo deligendo nos non erraſſe uideamus. Neque ita, quod M. TVLLIVS ait, a) generati a natura ſumus, VT AD LVDVM ET IOCVM FACTI ESSE VIDEAMVR, ſed ad SEVERITATEM potius et grauitatem : Ideoque excitanda eſt in nobis quaedam animaduerſio et diligentia, ne quid TEMERE, ac FORTVITO, et inconſiderate negligenterque faciamus.

Prima igitur Praetoris, quod PAVLLVS ait, cura eſt, ut tueatur adiudicationes ſuas, uel exceptionem, uel etiam actionem dando, poſt legitimam DIVISIONEM. l. 44. §. 1. D. *Fam. erciſc.* Ex eodem fonte deducitur, quod, ſecundum VLPIANVM, FAMILIAE ERCISCVNDAE AMPLIVS, QVAM SEMEL, agi non poſſit, niſi CAVSSA COGNITA, l. 20. §. 4. D. *famil. erciſcund.* ut intelligatur, odioſum uideri, ſi quis diſceſſerit a fide legitimae DIVISIONIS, neque quenquam facile audiri, niſi grauiſſimam cauſſam comprobauerit Praetori. Ita certe DIOCLETIANVS et MAXIM. uidentur iudicaſſe, ut maiores uiginti quinque annis, rerum communium DIVISIONEM, ſemel FINITAM BONA FIDE et MVTVO CONSENSV,

a) Cic. I. Offic. c. 29.

SENSV, inſtaurare penitus non poſſint. l. 8. C. *Commun. utriusque iudicii.*

Sed unum tamen omnes deſiderant, ut CONSENSV omnium BONA FIDE, res communes ſint DIVISAE. Igitur ſuppetunt omnino cauſſae, quae mouere Praetorem poſſint, ut deſerat et reſcindat ſuperuacuam diuiſionem.

Neque tamen alias omnino cauſſas admittet Praetor, quam quae BONAM FIDEM et CONSENSVM, quibus regitur ſanctitas diuiſionis, interuertere omnino uidebuntur. Sed CONSENSVM quidem inprimis ERROR, BONAM FIDEM DOLVS interuertunt. Igitur eamus per exempla. Tractavit eiusmodi ſpeciem MODESTINVS, in qua, propter DOLVM coheredis, negat ſubſiſtere diuiſionem, l. 35. D. *de Pactis.* Proponit enim, fratres hereditatem maternam DIVISISSE, et inuicem cauiſſe, QVOD NIHIL SIBI COMMVNE MANSERIT in hereditate: Poſtea apparuiſſe, pecuniam auream a fratre altero ſubtractam eſſe, cuius nulla mentio facta fuerit, in diuiſionis inſtrumento. Quaerebatur, an POST PACTVM DIVISIONIS, actio de ſurrepta pecunia competeret aduerſus fratrem: MODESTINVS reſpondit, COMPETERE OMNINO ACTIONEM, et, ſi PACTI exceptio opponeretur, utiliter DE DOLO replicari poſſe. d. l. 35. D. *de Pactis.*

Habes igitur primam ſpeciem, in qua DOLVS perturbauerat CONSENSVM, BONAMQVE FIDEM interuerterat, ut DIVISIO reſcindenda uideretur. Supereſt, ut de altera admoneamus. Et opportune occurrit VLPIANVS, qui l. 22. pr. D. *Fam. erciſc.* ERROREM etiam et IGNORANTIAM admiſit, ut a DIVISIONE diſcedatur. Narrat enim, poſſeſſiones hereditarias diuiſas eſſe inter coheredes: Alterum in aedibus ſibi adiudicatis, THESAVRVM effodiſſe, illumque non quidem VETEREM, quem PAVLLVS inuentori attribuit, l. 31. §. 1. D. de *Adq. Rer. dom.* ſed nouum, ab ipſo teſtatore, metus et cuſtodiae cauſſa depoſitum, et reconditum ſub terra, de quo POMPONIVS tractauit, l. 15. D. ad *Exhibend.* IGNORAVE-

RANT

Digitized by Google

RANT heredes, theſaurum ſub terra conditum fuiſſe. Igitur proponebatur, utrum ille, cui aedes in DIVISIONE obtigerant, theſaurum retinere poſſet, an ad communicandum et diuidendum teneretur: et LABEONI placuit, DIVIDENDVM eſſe, cum de illo theſauro non ſenſerint heredes, in prima rerum communium diuiſione, d. l. 22. pr. D. *Famil. erciſc*

Non multum ab hac ſpecie recedit, quod idem VLPIANVS monet, quae per ERROREM communicata ſint cum heredibus in DIVISIONE, cum ad illos non pertinere uiderentur, rata non uideri; quandoquidem IMPERITIA COHEREDVM iurisdictionis formam non immutet. l. 20. pr. D. *Famil. erciſc*

Diſcedam ab hoc loco, ſi hoc unum adiecero, etiam iudicis ERROREM efficere, ut familiae erciſcundae iudicium quandoque retractetur. PAVLLVS enim obſeruauit, ſi VNAM PERSONAM iudex omiſerit in condemnatione, cum res NON INTER OMNES geſta ſit, NIHIL actum a iudice uideri, l. 27. D. *fam. erciſc*

Ceterum et AETAS aliquando, quae et ipſa plerumque impedit CONSENSVM, aut certe excuſat temeritatem et negligentiam in deliberando, praetorem, CAVSSA COGNITA, inuitat, VT RESCINDAT, aut EMENDET TEMERARIAM DIVISIONEM: cum BONA FIDES non patiatur, nos abuti minoris leuitate. Certe DIOCLETIANVS iudicem, CAVSSA COGNITA, aeſtimare iuſſit, utrum minori, ob diuiſionem, ſuccurrendum eſſe uideatur. l. 4. C. *Communi diuid*

Extra has ſpecies, ut dicere occupauimus, Praetor non deſerit DIVISIONES. Inprimis ſi, AVCTORE IVDICE, RES DIVISAE ſint, ex cauſſa IVDICATI parendum eſt conuentioni. Hoc enim PAVLLVS praecipit. l. 36. D. *Fam. erciſc*

Idem dicemus, ſi, poſt DIVISIONEM BONA FIDE FACTAM, TRANSACTVM ſit de priſtina communione, quamuis NON

NON OMNIA DIVISA ſint. SEVERVS enim ET ANTONINVS reſcripſerunt, ſi uel de ea re SENTENTIA dicta fuerit, uel TRANSACTIO ſecuta, judicium familiae erciſcundae, aut communi diuidundo, non reſuſcitari. l. 1. C. *Fam. erciſc*

Neque enim de aduerſario, ſed de ſe conqueri debebunt, qui de omni cauſſa SCIENTES transegerunt, et taedio iurgii et controuerſiae uel dederunt aliquid, uel acceperunt, uel alteri ſubinde reliquerunt, ut a lite diſcedatur

IIII

QVAE SIT ISTA INAEQVALITAS
OB QVAM DIVISIO
EX L. III. C. COMMVN. VTRIVSQVE IVDICII
QVANDOQVE CORRIGATVR.
PERPERAM FACTVM PLERVMQVE DICITVR
QVOD PER FRAVDEM GESTVM EST.
OMNIS INAEQVALITAS VITIOSA CONTINET
VEL DOLVM VEL ERROREM.
NIHIL NOVI CONSTITVTVM EST HAC LEGE
DIOCLETIANI

SATIS, credo, comprobatum eſt, duas eſſe cauſſas, ob quas RESCINDI poſſint rerum communium DIVISIONES, DOLVM, et ERROREM, quorum alter BONAM FIDEM, alter CONSENSVM, neruos illos iudicii diuiſorii, conuellere uidentur

Sed, quid faciemus de DIOCLETIANO; qui l. 3. C. *Commun. utriusque iudicii*, quam in fronte diſſertationis propoſui, QVIDQVID INAEQVALITER FACTVM ESSE CONSTITERIT, IN DIVISIONIBVS CORRIGENDVM ESSE arbi-

arbitratur. Poterat uideri DIOCLETIANVS, praeter dolum et errorem, etiam alias cauſſas, etiam EVENTVM REI DVBIAE, denique OMNEM omnino LAESIONEM admittere, ut a pactione legitimae diuiſionis diſcedatur

Atenimuero, pignore certarem, DIOCLETIANVM de ſola FRAVDE et ERRORE tractauiſſe, quibus DIVISIONES uitientur

Primo enim uidetur manum TRIBONIANI paſſa eſſe lex DIOCLETIANI, quam ex CODICE GREGORIANO deſumtam, fide *Auctoris*, *illius ueteris Conſultationis notisſimae* CVIACIVS et SCHVLTINGIVS a) reſtituerunt. Ita enim haec lex legitur in CODICE GREGORIANO. „An „DIVISIO, quam iam factam eſſe proponis, conuelli de„beat, Rector Prouinciae, praeſente parte aduerſa, diligen„ter examinabit, et, ſi FRAVDIBVS EAM NON CARVISSE „perſpexerit, quando etiam maioribus IN PERPERAM FA„CTIS DIVISIONIBVS SOLEAT SVBVENIRI, quod IM„PROBVM ATQVE INAEQVALITER factum eſſe conſtite„rit, in melius reformabit

Nihil poteſt eſſe luculentius, quam DIOCLETIANVM, de diuiſione FRAVDVLENTA duntaxat, quae FRAVDIBVS NON CAREAT, quae PERPERAM, IMPROBE, INAEQVALITER facta ſit, ſenſiſſe; quod etiam V. C. GERARDVS NOODT, lumen illud noſtrae Iurisprudentiae b) uidetur agnouiſſe

Imo uero faciamus, IVSTINIANVM recte legem DIOCLETIANI expreſſiſſe d. l. 3. C. *Commun. utriusque iudic.* auſim tamen affirmare, ne ex his quidem uerbis, quae IVSTINIA-

C NVS

a) Cod. Gregoria. L. IIItit. V. apud Schultingium in Iurisprudentia AnteIuſtinianea p. 695.

b) Gerard. Noodt. de forma emendandi doli mali c. 7. op. T. I. p. 362

NVS exhibuit, aliud confici omnino poſſe, quam, ut propter DOLVM, uel ERROREM, diuiſio inaequalis reſcindatur. Nimirum IVSTINIANVS, etiam maioribus, per FRAVDEM, uel DOLVM, uel PEEPERAM factis diuiſionibus, ſubueniri ait, quia in BONAE FIDEI iudiciis, quod INAEQVALITER factum ſit, in melius reformetur d. l. 3. C, *Commun. utr. iur*

Sed primo quidem apparet, DIOCLETIANVM NIHIL NOVI hoc loco CONSTITVERE, ſed EX NATVRA COMMVNI IVDICIORVM BONAE FIDEI, ad quae DIVISIONES referuntur, IVDICARE, QVANDO DIVISIONES RESCINDANTVR. Sed BONA FIDES et CONSENSVS ſolo nimirum DOLO, aut ERRORE perturbantur. Neque patitur BONA FIDES, ut ex qualibet leui cauſſa a pactione diſcedatur. Abſciſſe enim idem DIOCLETIANVS alio loco, DIVISIONEM BONA FIDE, MVTVO CONSENSV factam, non poſſe inſtaurari, docet. l. 8. C. *Commun. utr. iudic*

Praeterea idem DIOCLETIANVS non minus luculenter, majoribus, qui res communes diuiſerunt, negat concedi reſtitutionem aduerſus legitimas DIVISIONES, niſi dolo circumſcripti, aut errore lapſi uideantur. l. 4. C. *Communi diuid.* l. 22. C. *Fam. erciſc*

Quo fructu igitur negaret DIOCLETIANVS, maiores poſſe reſcindere diuiſionem, ſi, praeter DOLVM et ERROREM, quaelibet laeſio, et quaelibet inaequalitas, ſufficeret ad diuiſionem infirmandam

Sed uideo te moueri, quod DIOCLETIANVS, ſeu TRIBONIANVS potius, aut IVSTINIANVS, diſtinguat diuiſiones, VEL per fraudem, VEL per dolum, VEL PERPERAM omnino factas: ut PERPERAM factae uideantur, quae NON SINT FRAVDVLENTAE uel DOLOSAE, et tamen propter INAEQVALITATEM reſcindantur. l. 3. C. *Commun. utriusque iudic*

Atuero

Digitized by Google

Atuero diluetur illa dubitatio, ſi cogitaueris, illa particula: VEL: non ſemper ſpecies oppoſitas diſcerni, ſed interdum res coniunctas copulari. In hoc certe loco noluit DIOCLETIANVS hac particula ſpecies oppoſitas disiungere, ſed connexas copulare, cum eadem particula etiam fraudem VEL dolum inter ſe coniungat. Sed ſcimus nihil inter dolum atque fraudem intereſſe, ſed rem unam nominibus diuerſis & promiſcuis ſubinde appellari: ut certum ſit, particulam: VEL: hoc loco copulatiuam eſſe, et ſynonyma coniungere

Praeterea obſeruandum eſt, PERPERAM facta a magiſtris artis noſtrae illa inprimis appellari, quae per dolum aut errorem adminiſtrata uideantur. Hoc enim diuinus ille ALCIATVS, alter iurisprudentiae noſtrae parens, comprobauit. a) Vulgo certe exiſtimatum, PERPERAM dici a fratribus PERPERIS, famoſis IMPOSTORIBVS, qui, propter ingenium et ſtudium fingendi, etiam CECROPES appellabantur. b)

Interim faciamus, PERPERAM factas diuiſiones hac lege ſeiungi a diuiſionibus DOLOSIS atque FRAVDVLENTIS, nihil tamen inde conficietur, quam ut dicamus, PERPERAM factas uideri, ſi PER ERROREM RES INAEQVALITER diuiſae intelligantur. Cum enim Imperator, EX NATVRA IVDICIORVM BONAE FIDEI inaequalitatem iubeat emendare, nihil cogitare potuit praeter DOLVM et ERROREM, quod BONAM FIDEM et CONSENSVM interuertat. Quod uideo etiam CVIACIVM noſtrum c) obſeruaſſe

Sed haec quidem, quamuis ita expedita ſint, ut uix locum faciant dubitationi, tamen nemo exiſtimet, excludi omnem LAESIONEM, qua, SINE FRAVDE aduerſarii, por-

a) Alciat. L. I. Parerg. c. 49. Op. T. III. p. 269.
b) Alciat. loc. cit
c) Cuiac. L. XIII. obſ. 24. p. 407. Op. T. III

tio noſtra deminuitur, ut ex illa apud Praetorem agi nequeat, ad corrigendam inaequalitatem. Enimuero eleganter VLPIANVS, ETSI NVLLVS ſtipulantis DOLVS INTERCESSERIT, tamen aliquando REM IPSAM IN SE DOLVM HABERE, ait, CVM DOLO FACIAT, QVI ALIQVID PETAT, uel retineat, EX INIQVA ſtipulatione. l. 36. *in fine D. de Verb. oblig*

Vides, aliquando etiam SINE DOLO inita negotia reſcindi, ſi RES IPSA DOLVM IN SE HABERE cenſeatur. Quando igitur dicemus, rem, bona fide promiſſam, IN SE dolum habere, ut SINE DOLO peti nequeat a ſtipulante, qui IPSE NON ADMISERIT DOLVM. Nimirum INAEQVALITATEM intelligimus, quae SINE DOLO contrahentium, ſed per utriusque ERROREM et IGNORANTIAM irrepſit, VT NON AEQVAE partes conſtitutae ſint IN DIVISIONE. Semper enim ERROR aut IGNORANTIA, quae errorem parit, interuenire debet, ſi quis non de dolo, ſed de ſola INAEQVALITATE efficaciter aduerſus condominum aut coheredem, poſt diuiſionem, conqueratur. Ita ut ſentiam, VLPIANVS me adduxit, qui neminem LAEDI, aut FRAVDARI, ait, qui SCIAT, et conſentiat. l. 145 D. de *Reg. Iur.* et l. 1. §. 1. *in fine* D. de *Act. empt. uendit*

Igitur apparet, SCIENTEM fere non laedi, nec efficaciter conqueri poſſe de INAEQVALITATE: ſupereſt, ut ea demum INAEQVALITAS proſit ad petendam emendationem, in quam per ERROREM et IGNORANTIAM PROBABILEM delapſi ſumus. Hoc eſt, quod DIOCLETIANVS praecipit, etiam maioribus XXV. annis, in negotiis BONAE FIDEI, officio iudicis, cauſſa cognita, ſuccurri. l. 3. C. *quibus ex cauſſ. mai.* Hoc eſt, quod POMPONIVS docet, maioribus etiam in laeſione ſubueniri, cum AEQVO ET BONO non conueniat, lucrari aliquem cum alterius damno, aut damnum

ſentire

ſentire per alterius lucrum. l. 6. §. 2. D. de *Iure dotium.* Generaliter enim, QVAMCVNQVE LAESIONEM INSIGNEM dicimus DOLVM IN SE HABERE, et parere reſtitutionem, quanquam FRAVDE aduerſarii non decepti ſimus: quod ſupra obſeruatum eſt. Ex hoc fonte profluxit, quod quamuis BONA FIDE, mutuo CONSENSV, finita ſit diuiſio, tamen, ſi quid INDIVISVM manſerit, illud officio iudicis ſubinde emendetur. l. 25. §. 20. D. *Fam. erciſc*

Igitur, ut rem paucis comprehendam, nego hac noſtra lege III. C. *Comm. utriusque iudicii.* quidquam ſingulare conſtitutum eſſe a DIOCLETIANO: ſed INAEQVALITATEM DIVISIONIS EX NATVRA iudiciorum BONAE FIDEI, ad quam Imperator prouocauit, aeſtimari, aio. Sed haec quidem maxime DOLVM auerſatur: qui ſi interuenerit non QVANTITAS pretii, in quo quis laeſus eſt, ſed QVALITAS FACTI efficit, ut laeſo ſuccurratur. l. 10. C. de *Reſc. uendit.* Atuero praeter DOLVM aduerſarii, etiam ERROR PROBABILIS impedit conſenſum. Quapropter LAESIO INSIGNIS, et INAEQVALITAS, non a SCIENTIBVS, ſed ab IGNORANTIBVS, aut ERRANTIBVS, admiſſa, praetorem inuitat ad emendandam inaequalitatem. Adeoque ERROR et DOLVS duntaxat efficiunt, ut DIVISIONES emendentur. Sed in ERRORE et INAEQVALITATE cauſſae cognitionem maxime deſideramus. Neque tamen ſolam laeſionem VLTRA DIMIDIVM attendimus, quidquid BALDVS in contrariam partem diſputet, et quamuis PAVLLVS l. 38. D. *Fam. erciſc.* hanc maxime laeſionem notet, quae ſit ultra dimidiam partem. Rectius ſequemur communem naturam IVDICIORVM BONAE FIDEI, in quibus ERROR PROBABILIS, ſed inſignis, ex quo alter cum noſtro damno fiat locupletior, arbitrio iudicis aeſtimandus, etſi non reſciſſionem totius negotii, tamen emendationem parit. l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. D. de *Contrah. empt.* l. 11. §. 5. et l. 21. §. 2. D. de *Act. empti uenditi.* Sed haec omnia non pro-

proſunt laeſo, ſi uel TRANSEGERIT de ipſa LAESIONE, uel lis ſententia ſit definita. l. 1. C. *Fam. erciſc*

V

SORTES OPPONVNTVR IVDICIO.
INTERDVM TAMEN SVNT INSTAR IVDICII.
SORS AEQVALITATEM NON SEMPER DESIDERAT.
SORTITIO NON SEMPER CONTINET TRANSACTIONEM

QVEMADMODVM igitur de DIVISIONE INAEQVALI iudicandum ſit, ut laeſio ſubinde emendetur, ſatis explicatum arbitramur. Sequitur, ut de DIVISIONE PER SORTITIONEM FACTA exponamus: quae et ipſa ſpecies, ex his, quae adhuc diſputata ſunt, commodius aeſtimari poteſt, ſi prius de ipſo iure SORTITIONIS proponamus

Et primo quidem notum eſt, quam deſpecto plerique loco SORTES habuerint, ut, qui SORTITIONI rem commiſerit, confidere FORTVNAE, CASVI, SVBERSTITIONI uideretur. Certe THEODOSIVS et VALENT. illos SORTIVM CASVI rem totam permittere, dixerunt, qui SORTITIONE facta inter ſe experirentur. l. 2. C. *Quando et quibus quarta pars.* Et IVSTINIANVS SORTES et FORTVITAS CIRCVMSTANTIAS coniunxit, ideoque prohibuit Abbates et Abbatiſſas SORTE eligere, qui iudicio et ratione eligendi uideantur l. 47. §. 1. D. de *Epiſc. et Cler.* Quamuis aliter ueteribus uiſum ſit, apud quos, ſi VIRGILIVM MARONEM a) audiamus

La-

a) Virg. Aen. II. u. 201

Laocoon ductus Neptuno SORTE ſacerdos.

Certe M. TVLLIVS a) auctor eſt, „SORTEM experiri, idem „eſſe ac micare, talos et teſſeras iacere : in quibus rebus „TEMERITAS ET CASVS, NON RATIO NEC CONSILIVM „VALERE VIDEATVR : Ideoque totam rem inuentam eſſe, „ait, fallaciis, aut ad quaeſtum, aut ad ſuperſtitionem, aut „AD ERROREM : quapropter uita communis iam dudum „exploſerit hoc genus diuinationis

Certe fefellit quosdam iuris interpretes ille ſortium contemptus, ut, cum DIOCLETIANVS in l. 3. C. *Commun. utriusque iudicii*, DIVISIONES, quae SINE IVDICIO fiant, reſcindi patiatur, crederent illas intelligi, IN QVIBVS SORTE, AVT SORTITIONE, RES COMMVNES DIVIDANTVR : cum SORTES aliquando IVDICIO opponi, et quaecunque SORTE definita ſint, TEMERARIA et IN CONSVLTA uideantur

Verum enim uero non ita prorſus inter ueteres conuenit, TEMERE et INCONSVLTO GERI, QVAE SORTI COMMITTANTVR. Ipſe, quem antea teſtem inuocaui, M. TVLLIVS inconſtantiſſime ſenſit de SORTIBVS, atque, alio loco, b) „NON CONTEMNENDAS ESSE SORTES, „dixit, cum auctoritatem habeant uetuſtatis : quae, ſi du„ctae ſint, ut apte in rem cadant, DIVINITVS fieri poſſe, „credit : quandoquidem, quamuis cauſſa fortaſſe lateat, „obſcuritate inuoluta naturae, Deus illa nos non ſcire, ſed illis „nos uti, uoluiſſe uideatur.„ Plerique enim DIVINVM ſe IN SORTIBVS IVDICIVM inuenire putauerunt, inprimis TIBERIVS, qui, ſi TRANQVILLO c) fides eſt, Geryonis

a) Cic. de Diuinat. L. II. c. 41. ſect. 85

b) Cic. de Diuin. L. I. c. 18. ſect. 34. et 35

c) Sueton. in uita Tiberii, c. 14.

nis oraculo monitus, de conſultationibus ſuis talos aureos in Aponi fontem deiecit, et ex numero conſilii cepit rationem. a) Certe HORATIVS FLACCVS, commemorat, SORTEM

quam RATIO dederit, ſeu fors obiecerit, b)

atque apud VIRGILIVM MARONEM c) indicantur

non SINE SORTE DATAE, SINE IVDICE, ſedes,

ut intelligatur, SORTITIONEM NON OPPONI IVDICIO, ſed cum iudicio coniungi, et ex hujus fere natura aeſtimari

Sed Iure Conſulti et ueteres auctores rei publicae, non quidem omnes ſuperſtioſe de SORTIBVS iudicauerunt. Interdum tamen non modo SORTITIONEM COMPARARVNT CVM SENTENTIA ET IVDICIO, ſed illam HVIC etiam aliquando PRAETVLERVNT. Ita quidem VLPIANO uiſum eſt, qui l. 24. §. 17. D. *de fideicommiſſar. libertat.* ſi non conſtet, quis maxime ex ſeruis manumittendus ſit, aut ALLEGATIS CVIVSDEM MERITIS arbitrari Praetorem poſſe, ait, aut SERVOS SORTIRI, NE ALIQVAM SVSPICIONEM GRATIAE AVT AMBITIONIS Praetor ſubeat: ut tutior fere SORTITIO, quam arbitrium Praetoris, uideatur

Sed frequentiſſime tamen SORTITIONE experiebantur, cum aut NON REFERRET, VTER VINCERET, nec tamen alter cedere alteri conſenſu uellet, aut INEXTRICABILES CONTROVERSIAE ET LITES IMMINERENT, ſi res IVDICIO dirimi deberet. Ex his fontibus SORTITIO CONSVLVM, uter templum DEDICARET, apud LI-

a) Videatur Dempſt. ad Roſini Rom. Antiq. L. II. c. 7. p. 116
b) Horat. I Serm. I. u. 1. et 2
c) Virg. Aen. VI. u. 431

Digitized by Google

LIVIVM a) SORTITIO CENTVRIARVM in comitiis, SORTITIO prouinciarum, b) SORTITIO IVDICVM apud M. TVLLIVM c) SORTITIO ANIMADVERSIONIS in flagitio militari d) enatae ſunt ut, cum omnes poenam meriti fuiſſent, metus poenae ad omnes, ſenſus eius ad paucos, perueniret

Sed ICti quidem, ſi in eiuſmodi cauſſis SORTITIONE uterentur, rem quaſi SVFFRAGIO et CONSENSV DEFINITAM accipere ſolebant. Audiamus GAIVM, qui l. 5. D. *Fam. erciſc.* ſi omnes ex aequis partibus heredes ſint, neque inter eos conueniat, APVD QVEM CAVTIONES HEREDITARIAE ET INSTRVMENTA ESSE DEBEANT, uel SORTIRI illos iubet, uel CONSENSV et SVFFRAGIO ELIGERE amicum. Ex quo loco apparet, nihil referre, res CONSENSV, an SORTITIONE, finiatur. Eandem rationem ſecutus VLPIANVS, ſi ambo ad iudicium prouocauerint, SORTE rem diſcernendam eſſe, ait. l. 14. D. de *Iudic.* Idem IVSTINIANO uiſum eſt, in OPTIONE PLVRIBVS LEGATA, ut in omnibus eiusmodi ſpeciebus IVDICEM FORTVNAM habeant, et QVEM SORS PRAETVLERIT, is habeat eligendi poteſtatem. l. 3. C. *Commun. de legat.* Sed maxime in DIVISIONIBVS placuit, SI IVSTAE PARTES conſtitutae eſſent, SORTE definiri, ad quem quaelibet portio perueniret. l. 2. C. *quando et quibus quarta pars.* Nou. 162. c. 3

Sed in illis SORTITIONIBVS quidem obſeruandum eſt, aliquando id manifeſte agi, ut alter, qui SORTE VINCATVR, cedat alteri, et HVIC SOLI LVCRVM ET VICTORIAM RELINQVAT. Certe IN OPTIONE LEGATA, cum SORTIVNTVR legatarii, uter eligere debeat, aut apud quem documenta eſſe debeant, manifeſtum eſt, uictum cedere uictori,

D et

a) Liu. L. II. c. 36
b) Liu. L. 7. c. 86
c) Cic. in Orat. pro Cluent. c. 28
d) Cic. pro Cluent. c. 46

Digitized by Google

et non poſſe de laeſione conqueri, aut de iniquitate fortuiti euentus: cum res SORTITIONE, quaſi SENTENTIA, ET TRANSACTIONE, finita et DIREMPTA uideatur. l. 5. D. *Fam. erciſc.* l. 3. C. *Commun. de leg.* In his igitur nemo deſideraverit AEQVALITATEM

Sed plerique tamen in DIVISIONIBVS, ut diximus, hoc animo accedunt AD SORTITIONEM, VT ANTEA PARTES IVSTAE ET AEQVALES maxime CONSTITVANTVR, et deinde, ſi omnia exaequata ſint, SORTITIONE, ad quem partes ſingulae perueniant, conſtituatur. Ita DIDO apud MARONEM a)

> Iura dabat legesque viris: operumque LABOREM
> PARTIBVS AEQVABAT IVSTIS, ET SORTE TRAHEBAT.

de quo argumento et SENECA b) et TIRAQVELLVS, c) et CVIACIVS d) et MYNSINGERVS e) quaedam obſeruarunt. Et in his quidem ſpeciebus res EX BONA FIDE iudicatur

VI
SORTITIO DE PARTIBVS INAEQVALIBVS A SCIENTE IMPVGNARI NEQVIT. SED SI PARTES PER DOLVM AVT ERRORRM INAEQVALITER CONSTITVTAE SINT ETIAM POST SORTITIONEM EMENDANDA EST INAEQVALITAS

VIDISTI iam omnia, opinor. Itaque proxime abſumus a portu in hac nauigatione. Neque enim in DIVISONE PER

a) Virg. Aen. I. u. 511
b) Senec. Controu. L. VI. 3
c) Tiraquell. de Iure primogen. quaeſt. 60. n. 1. ſq. et quaeſt. 17. opin. 1. p. 376
d) Cuiac. L. XIII. obſ. 24
e) Mynſinger. IV. obſ. 33

PER SORTITIONEM facta obiicitur quaedam dubitatio, quae non ex his, quae adhuc dicta ſunt, dilui omnino poſſe uideatur. Itaque primo diſputatione non indiget, de ſola SORTE et eius EVENTV neminem queri poſſe, qui conſenſit in ſortitionem. Generaliter enim POMPONIVS praecepit, quod EVENTVS FATI atque DAMNI non pariat omnino reſtitutionem. l. 11. §. 4. D. *de minorib.* Eleganter ZENO, NON VIDERI CIRCVMSCRIPTVM, ait, qui IVRE COMMVNI VSVS SIT. l. 9. C. *de in integr. reſtit. min.* Sed IVRE COMMVNI, ut diximus, controuerſiae uel leuiores uel inextricabiles SORTITIONE dirimuntur, quod ſupra §. 5. huius *diſſertationis* p. 24. ex l. 5. D. *Fam. ercisc.* et l. 2. C. *quando et quibus quarta pars*, eſt demonſtratum

Deinde hoc etiam difficultate caret, ſi maiores, SCIENTES, in diuiſione partes INAEQVALES conſtituerint, VT LVCRVM VICTORI RELINQVATVR, et res ſorte finiatur, nullam eſſe LAESIONEM, qua SCIENTEM et CONSENTIENTEM affecerit fortuna. Hoc enim ex VLPIANO inprimis, l. 145. D. *de Reg. Iur.* et aliis compluribus magiſtris noſtrae artis, ſupra §. 4. huius libelli p. 20. comprobauimus. In his certe ſpeciebus res SENTENTIA et TRANSACTIONE uidetur definita, quae ſi interuenerit, fruſtra de reſciſſione aut emendatione cogitatur; quod aiunt SEVERVS et ANTONINVS l. 1. C. *Fam. erciſc*

Extremo, ſi CONVENERIT, ut PARTES IVSTAE per DIVISORES ANTEA CONSTITVANTVR, et deinde, conſtitutis partibus, illarum aſſignatio SORTI ſit permiſſa, non poteſt eſſe obſcurum, huic conuentioni eas, dem exceptiones, quae ALIIS DIVISIONIBVS obiiciuntur efficaciter opponi poſſe. Finge igitur, diuiſores uel quaedam plane non in partes retuliſſe, uel DOLOSE aliquid ſurripuiſſe, uel altera portione theſaurum, a parente depoſitum,

recondi: Certe per DOLI, aut ERRORIS allegationem efficiemus, VT DIVISIO INIQVE FACTA emendetur. Hoc enim ex l. 3. C. *Commun. utriusque iudic.* ex l. 22. pr. D. *Fam. ercisc.* ex l. 25. § 20. *eod* §. 3. et 4. huius ſcriptionis p. 13. et 21. copioſe oſtendimus. Neque enim, dum ſortitionem elegerunt coheredes, de dolo, aut fraude, aut illis rebus ac theſauris, de quibus non conſtabat, tranſegerunt, ſed partes IVSTAS fieri omnino uoluerunt. Atque ita uideo etiam BALDVM a) et PINELLVM b) et FACHINEVM c) et SAMVELEM DE COCCEII, d) reſpondiſſe

Ne igitur confidant Aduocati hic diuiſionibus, niſi clientes etiam de laeſione TRANSEGERINT, aut SENTENTIAM iudicis impetrauerint, qua tota communio ſublata, et diuiſio confirmata ſit. Hoc enim et Imperator ſuaſit, l. 1. C. *Fam. erciſc*

---

a) Bald. ad l. 3. C. Comm. utr. iur.

b) Pinellus ad l. 2. C. de Reſcind. Vend.

c) Fachin. Controu. Iur. L. VIII. c. 36. p. 659. ſq

d) Cocceii Iuris Controu. L. IX. tit. 2. quaeſt. 9. p. 546

A 41147 4527

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google